



Roj: **STS 1811/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1811**

Id Cendoj: **28079130042020100163**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/06/2020**

Nº de Recurso: **313/2018**

Nº de Resolución: **864/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 864/2020

Fecha de sentencia: 23/06/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 313/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 4ª

Transcrito por: MTP

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 313/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 4ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 864/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Rafael Toledano Cantero



En Madrid, a 23 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 313/2018, interpuesto por Autopista de la Costa Cálida Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUCOSTA), representada por la procuradora doña Pilar Cermeño Roco y defendida por el letrado don Ramón Vázquez del Rey Villanueva, contra la resolución de 13 de julio de 2018, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, por la que se dispone la publicación del acuerdo Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera.

Ha sido parte demandada, la Administración, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 16 de julio de 2018, la procuradora doña Pilar Cermeño Roco, en representación de AUCOSTA interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 13 de julio de 2018, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, por la que se dispone la publicación del Acuerdo Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera.

La Sala lo tuvo por interpuesto y admitió a trámite por diligencia de ordenación de 26 de julio de 2018, requiriendo al Ministerio de Fomento la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo y practicados los oportunos emplazamientos, se tuvo por personado al Abogado del Estado, en nombre y representación de la Administración demandada y se confirió traslado a la parte demandante para que formalizara la demanda.

TERCERO.- Evacuando el trámite conferido, la procuradora doña Pilar Cermeño Roco, en representación de AUCOSTA formalizó la demanda por escrito de 1 de octubre de 2018 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que,

"estimándola, condene en costas a la Administración:

(i) Que declare la invalidez del Dispositivo 1º del Acuerdo recurrido en lo que atañe a la fecha a partir de la cual han de computarse los efectos de la resolución acordada, condenando a la Administración a estar a la fecha de 27 de abril de 2017, fecha en la que se dictó el Auto de apertura de la fase de liquidación de AUCOSTA, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en el procedimiento concursal nº 350/2015.

(ii) Que declare la ilegalidad del Dispositivo 2º del Acuerdo recurrido, por no ser conforme a derecho la incautación de las fianzas de obra y explotación, ordenando asimismo que ordene a la Administración la devolución de las mismas.

Subsidiariamente al anterior pedimento que se acuerde la retención de la fianza de obra en lo que se refiere al 1% cultural únicamente y la retención de la fianza de explotación.

(iii) Que se declare la ilegalidad del Dispositivo 4º relativo a la posible adopción de medidas provisionales".

Por primer otrosí digo, por entender que las cuestiones controvertidas en el pleito son de naturaleza estrictamente jurídica, dijo que no procede la sustanciación de un trámite de prueba. Por segundo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley de la Jurisdicción, solicitó la celebración de vista, "a fin de poder trasladar oralmente a esa Excm. Sala y de forma breve las conclusiones de este litigio". Y, por tercero, fijó la cuantía del presente procedimiento en indeterminada, "habida cuenta de la existencia de pretensiones de imposible valoración tales como la fijación de la fecha de efectos de la resolución de la Concesión, o la adopción ilegal de medidas provisionales".

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 30 de octubre de 2018, en el que solicitó sentencia desestimando en su integridad la demanda con expresa imposición de costas, dijo, a la parte actora.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días a fin de que presentaran sus



conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 27 de noviembre y 20 de diciembre de 2018, incorporados a los autos.

SEXTO.- Declaradas concluidas las actuaciones, por auto de 12 de noviembre de 2019, previo traslado al Abogado de Estado para alegaciones, se acordó admitir el documento aportado por la representación procesal de Autopista de la Costa Cálida Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUCOSTA) con su escrito de 30 de septiembre de 2019.

Y, por providencia de 20 de noviembre de 2019 se dispuso unir a las actuaciones el escrito de 18 anterior presentado por la procuradora Doña Pilar Cermeño Roco y los documentos al mismo acompañados, por ser de los que alude el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de su valoración en la sentencia que se dicte en su día.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 12 de mayo de 2020 se señaló para la votación y fallo el día 9 de junio siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

OCTAVO.- En la fecha acordada, 9 de junio de 2020, han tenido lugar la deliberación fallo del presente recurso. Y el 15 siguiente se pasó la sentencia a la firma de los magistrados de la Sección.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo .*

El acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018 (Boletín Oficial del Estado del 14) resolvió el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera formalizado el 13 de abril de 2004 con Autopista de la Costa Cálida. Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUCOSTA).

Por auto de 22 de enero de 2013 el Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de los de Madrid declaró a esta sociedad en concurso voluntario ordinario (procedimiento concursal ordinario n.º 266/2013) y por el auto de 27 de abril de 2017, aclarado y completado por el de 10 de mayo de 2017, el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de los de Madrid, dispuso la apertura de la fase de liquidación. Una vez firme dicha apertura, la Administración procedió a la resolución del contrato y el Consejo de Ministros, en el acuerdo de 13 de julio de 2018, ahora recurrido, dispuso

"1. Resolver el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje AP-7, Cartagena-Vera, en base a los artículos 111.b y 112.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2. Ordenar al Ministerio de Fomento que incaute las fianzas de construcción y explotación depositadas a tales efectos por Aucosta, en base a lo establecido, respectivamente, en las cláusulas 25 y 79 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprobó el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

3. Ordenar al Ministerio de Fomento que tramite el expediente de liquidación del contrato, con la debida cuantificación del valor de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Autorizar al Ministerio de Fomento para que adopte las medidas provisionales que procedan para garantizar la correcta prestación del servicio. Tales medidas se adoptarán de forma coordinada con las que puedan derivarse del plan de liquidación que se apruebe en el proceso concursal.

5. Ordenar al Ministerio de Fomento que proceda a ingresar en el Tesoro Público, con cargo a la fianza de construcción incautada, la inversión correspondiente al 1 % cultural que no ha sido ejecutada, en cumplimiento del artículo 59 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español.

Corresponderá a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje determinar la fecha de inicio de la explotación de la infraestructura, por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, en el marco de lo dispuesto en la cláusula tercera de la Resolución de 16 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, por la que se publica el Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal".

SEGUNDO .- La demanda de *Autopista de la Costa Cálida. Concesionaria Española de Autopistas, S.A.*



En su demanda AUCOSTA anticipa que no se opone a la resolución del contrato pero sí a que se entienda producida en la fecha del acuerdo del Consejo de Ministros y, también, a la incautación de las fianzas, cuya devolución solicita. Asimismo, mantiene la imposibilidad de que se puedan adoptar medidas provisionales con efectos posteriores al acuerdo de 13 de julio de 2018.

Después, resume los hechos que entiende relevantes antes de pasar a argumentar sobre cada uno de los extremos que discute.

Se refiere, en primer lugar, a la fecha de efectos de la resolución de la concesión. Sostiene que ha de ser el 27 de abril de 2017, día en que se dictó el auto de apertura de la fase de liquidación en el procedimiento concursal y no la del 13 de julio de 2018. Dice que, desde el inicio del procedimiento de resolución ha sido controvertida esta cuestión aunque el acuerdo del Consejo de Ministros guarda silencio sobre ella. Explica, no obstante, la demanda que, precisamente porque nada dice al respecto, entra en juego el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual los actos de las Administraciones Públicas producirán efectos desde la fecha en que se dicten salvo que dispongan otra cosa. Y considera necesario que se establezca que los efectos de la resolución operarán desde el 27 de abril de 2017.

Alega al respecto la sentencia n.º 3/2016, de 15 de diciembre, de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, conforme a la cual la resolución del contrato tiene lugar desde el momento en que se abre la fase de liquidación concursal. Igualmente, invoca el dictamen del Consejo de Estado en el mismo sentido. Por eso, sostiene, frente al silencio del acuerdo de 13 de julio de 2018, que una interpretación contraria sería nula de pleno Derecho ya que infringiría la indicada sentencia y los artículos 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación en régimen de concesión, y 111 b) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como el artículo 47.1 g) de la Ley 39/2015, en relación con el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción.

A continuación, mantiene que la incautación de la garantía de construcción es improcedente y que se le debe devolver. Precisa que no se debe confundir la incautación de la garantía con su retención, permitida ésta por la cláusula n.º 25 del Pliego de Cláusulas Generales para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero. Dice, además, que el derecho a retenerla ha prescrito según la cláusula n.º 17.2 de las generales y que no es válida la motivación ofrecida por el acuerdo del Consejo de Ministros. La incautación no procede en ningún caso. No la justifica: (i) asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, de destinar en los contratos de obras públicas una partida de, al menos, el 1% a trabajos de conservación o enriquecimiento del patrimonio cultural español o al fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno (1% cultural); (ii) garantizar el pago de los justiprecios e intereses de demora; (iii) afrontar gastos de conservación. Además, entiende que la incautación tiene un carácter punitivo que no procede con ocasión de la resolución de la concesión. Aquí subraya que no hay culpabilidad por parte de AUCOSTA, tal como lo reconoce la exposición de motivos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

Luego afirma que es improcedente, también, la incautación de la garantía de explotación que el acuerdo del Consejo de Ministros apoya en la cláusula n.º 79 de las generales. No cabe esta incautación, explica, porque según la normativa aplicable, únicamente procede en los casos de quiebra culpable o fraudulenta de la sociedad concesionaria. Señala que nada dice la Ley 8/1972 sobre los efectos sobre la garantía de la apertura de la fase de liquidación. Además, resalta que la legislación general sobre contratos públicos, a la que se remite con carácter subsidiario el Pliego de Cláusulas Generales, solamente permite la incautación en supuestos de concurso de acreedores culpable. Y no puede equipararse en la actualidad sin más el concepto de "quiebra" del Pliego de 1973 con la apertura de la fase de liquidación en un concurso de acreedores. Su cláusula n.º 79, dice, ha de interpretarse en su contexto histórico-normativo ya que así lo exige el artículo 3.1 del Código Civil. Y su sentido actual es que la Administración sólo puede acordar la incautación de las fianzas única y exclusivamente en aquellos casos en los que la quiebra del concesionario tenga carácter culpable o fraudulento. Por lo demás, añade que el Consejo de Ministros es manifiestamente incompetente para considerar la quiebra como culpable o fraudulenta. Las anteriores consideraciones llevan a la demanda a concluir que el acuerdo recurrido interpreta la normativa contractual *in malam partem* y en contra de las normas de la equidad y la buena fe.

Por último, AUCOSTA mantiene que no se pueden adoptar medidas provisionales que surtan efectos con posterioridad al acuerdo del Consejo de Ministros que pone fin al procedimiento administrativo de resolución de la concesión. Observa que se adoptaron al incoarse pero que no tienen sentido cuando ya es la propia Administración la titular y explotadora de la autopista. En efecto, la reversión, adoptada como medida provisional, se produjo el 1 de abril de 2018, a las 00:00 horas.



En consecuencia, pide la recurrente que estimemos su recurso y fallemos en el sentido que hemos recogido en los antecedentes.

TERCERO.- *La contestación a la demanda del Abogado del Estado.*

Comienza reproduciendo la consideración general inicial de la demanda y los fundamentos y la parte dispositiva del acuerdo recurrido que dice asumir íntegramente como parte de la contestación. Seguidamente, se refiere al dictamen del Consejo de Estado, cuyo contenido resume. A continuación, recoge los argumentos de la demanda y su suplico.

Es entonces cuando expone las razones por las que entiende que se deben rechazar las pretensiones de AUCOSTA. Así, sobre la fecha de efectos de la resolución de la concesión dice que las alegaciones de la demanda no justifican la declaración de nulidad ni total ni parcial del acuerdo del Consejo de Ministros. Reconoce que guarda silencio sobre ese extremo pero considera inaplicable en el fondo y en la forma el artículo 47.1 g) de la Ley 39/2015 porque "simplemente no tiene nada que ver con el acuerdo impugnado". Los efectos previstos por la Ley, dice, se producirán en todo caso y no la contradice el acuerdo por no decirlo cuando, además, nada le exige que lo haga.

Después, tras insistir en la conformidad a Derecho de la resolución de la concesión, afirma la procedencia de la incautación de la garantía de construcción. Señala que la normativa aplicable es la constituida por la Ley 8/1972 y por el Pliego de Cláusulas Generales al que se remiten las Cláusulas Particulares, que son la ley del contrato. La legislación general sobre contratos públicos, añade, sólo viene al caso supletoriamente. Recuerda lo dispuesto por la cláusula n.º 109 de las Generales, y el carácter imperativo de la pérdida de la fianza, y aclara que cuando el Pliego de 1973 se refiere a la "quiebra", se debe entender hoy "concurso de acreedores". Señala que la solución adoptada por el Consejo de Ministros es, además, coherente con la legislación de contratos del sector público porque, en realidad, ese Pliego equipara los efectos de la resolución del contrato de concesión por concurso del concesionario a la que se produce como consecuencia de su incumplimiento [cláusula 107 d) de las Generales]. Indica que esta interpretación es avalada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 27/1999, de 30 de junio, y por el Dictamen 2/2000 de la Abogacía General del Estado. E insiste en que las cláusulas n.º 107 y n.º 109 del Pliego de 1973, además de no dejar duda sobre el carácter imperativo de la incautación, no distinguen entre la garantía de construcción y la de explotación de manera que deberá incautarse la que subsista. Termina este conjunto de alegaciones afirmando la procedencia de incautar la fianza de construcción para hacer frente a la falta de ejecución de las obras del 1% cultural y al impago de los justiprecios y negando que el acuerdo confunda incautación y retención y que haya prescrito el derecho a esta última.

Sobre la incautación de la garantía de explotación sostiene que deriva de la Ley y recuerda que el dictamen del Consejo de Estado la considera procedente.

Por último, dice que el recurrente se confunde al impugnar la decisión del acuerdo del Consejo de Ministros sobre las medidas provisionales pues resulta "necesariamente operativa e imprescindible como postulado reactivo frente al desastre derivado del concurso". Nos dice que la recurrente no sabe lo que impugna y que debería dirigirse contra actuaciones concretas que repute lesivas a su interés o a la Ley pero que no lo ha hecho porque no existen. Además, el acuerdo del Consejo de Ministros se inspira en este punto en el artículo 103 de la Constitución y sus decisiones comprenden y presumen la equidad y la buena fe de la actuación administrativa.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.*

La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en fechas recientes sobre las cuestiones planteadas por las partes en el presente proceso al resolver recursos de otras concesionarias de autopistas de peaje contra los acuerdos del Consejo de Ministros que resolvieron los respectivos contratos de concesión al declararse la apertura de la fase de liquidación en los correspondientes concursos de acreedores. Por tanto, seguiremos ahora el mismo criterio ya observado en esos procesos. Son los resueltos por las sentencias n.º 731/2020, de 10 de junio (recurso n.º 328/2018); n.º 619/2020, de 29 de mayo (recurso n.º 390/2018); n.º 610/2020, de 28 de mayo (recurso n.º 360/2018); n.º 615/2020, de 28 de mayo (recurso n.º 399/2020).

Al pronunciarnos sobre las pretensiones de AUCOSTA, seguiremos el orden en que las expresa su demanda.

A) El momento en que produce efectos la resolución del contrato de concesión.

El mismo problema planteado por AUCOSTA se suscitó en el recurso n.º 328/2018. Al resolverlo, en la sentencia n.º 731/2020, de 10 de junio, hemos dicho y confirmamos ahora porque las circunstancias y los argumentos son los mismos, lo siguiente para desestimar la demanda en este punto:

"Es cierto que el contenido del apartado 1 de la parte dispositiva del acuerdo impugnado que acuerda "resolver el contrato de concesión administrativa (...)", no establece ninguna fecha. Pero también es cierto que la



apertura de la fase de liquidación en el proceso concursal era causa de resolución contractual conforme a los artículos 32.3 de la Ley 8/1972 (...), y los artículos 111. B) y 112.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...).

Ahora bien, ello no comporta, ni de lo expuesto se deduce, que para la determinación de la responsabilidad patrimonial haya de estarse a la fecha que aduce la recurrente. Conviene tener en cuenta que en el presente recurso contencioso-administrativo se cuestiona la legalidad, y se solicita la nulidad (...) de los apartados 1, 2 y 4. Sin que se cuestione el apartado 3 que precisamente se refiere a la responsabilidad patrimonial, cuando el acuerdo del Consejo de Ministros dispone "ordenar al Ministerio de Fomento que tramite el expediente de liquidación del contrato, con la debida cuantificación del valor de la responsabilidad patrimonial de la Administración". De modo que se produce una falta de correspondencia entre la fundamentación alegada y la pretensión esgrimida al respecto.

El alegato de la recurrente, en este punto, tiene carácter prematuro, toda vez que no se ha producido una actuación de la Administración respecto de la responsabilidad patrimonial, ni consta que se haya iniciado, ni que se cuestione en este recurso, el correspondiente procedimiento administrativo. Ni que decir tiene que tal actuación podrá ser impugnada ante nuestro orden jurisdiccional. Teniendo en cuenta que desde luego el paso del tiempo tiene relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la medida en que compensa la falta de uso o de aprovechamiento de la concesionaria, ahora recurrente, de la inversión realizada y no amortizada".

B) El régimen jurídico aplicable a la concesión.

Resolver la controversia sobre las consecuencias respecto de las garantías de construcción y de explotación requiere establecer previamente cuál es la regulación aplicable. Sobre ello nos hemos pronunciado en nuestras sentencias n.º 610 y n.º 615/2020, ambas de 28 de mayo, dictadas en los recursos n.º 360 y 388/2018.

La concesión que nos ocupa se otorgó conforme a la Ley 8/1972. De acuerdo con su artículo 2, las concesiones de autopistas se rigen por sus preceptos y, supletoriamente, por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 15 del Real Decreto 245/2004, de 6 de febrero, por el que se adjudicó la concesión de la recurrente, dispone:

"Artículo 15. Vinculación de la sociedad concesionaria frente a la Administración.

La sociedad concesionaria queda vinculada frente a la Administración General del Estado en los términos contenidos en la solución variante 3 de su propuesta, en toda su integridad. En aquellos puntos no señalados específicamente en este real decreto, serán de aplicación la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión; el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio; el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, aprobado por Orden FOM/2265/2003, de 1 de agosto; las del pliego de cláusulas generales, aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por el anterior, y el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre organización y funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje".

A su vez, la cláusula n.º 3 de las particulares, dice:

"Cláusula 3. Régimen jurídico administrativo de la concesión.

La concesión objeto de este concurso se regirá por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por las prescripciones de este pliego, por las del pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 enero, en lo que no resulte válidamente modificado por el anterior, y por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, modificado por los Reales Decretos 690/2000 y 1475/2000 por los que se establece y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento".

Por su parte, la cláusula n.º 1 de las generales dice:

"Cláusula 1. Régimen jurídico.

Las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas se regirán peculiarmente por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y sus normas de desarrollo y complementarias, por las



prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego. Con carácter supletorio será de aplicación la legislación de Contratos del Estado".

El artículo noveno de la Ley 8/1972 obliga al concesionario a constituir una fianza definitiva correspondiente a la fase de construcción en cuantía no inferior al 4% de la inversión prevista para cada tramo susceptible de explotación independiente. Y el artículo catorce dos le obliga a constituir la fianza de explotación en las condiciones establecidas en los pliegos de la concesión y en cuantía no inferior al 2% de la inversión total de cada tramo en servicio. Las cláusulas n.º 15 y n.º 20 de las particulares concretan estas exigencias y establecen que se presten conforme al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

A su vez, el artículo treinta dos cuarto de la Ley 8/1972 prescribe la extinción de la concesión por "Quiebra del concesionario", mientras que su artículo treinta y cuatro ordena la liquidación de la concesión en las condiciones especificadas por los pliegos una vez resuelto el contrato. Esas condiciones las precisa el de cláusulas particulares, que se remite a propósito de la extinción y liquidación de la concesión, además de a los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la sección 3 del capítulo IX del pliego de las cláusulas generales.

Y en esa sección 3 se encuentra la cláusula n.º 109 que dice así:

"Cláusula 109. Quiebra del concesionario.

La quiebra de la Sociedad concesionaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.4, de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la fianza.

Análogamente al caso, anterior, la Administración se hará cargo del servicio, liquidando las inversiones hechas por el concesionario en terrenos, obras e instalaciones, con arreglo a lo dispuesto para el caso de resolución por incumplimiento".

Antes, la cláusula n.º 79 ha dicho:

"Cláusula 79. Devolución de la fianza.

La extinción de la concesión determinará la devolución de la fianza de explotación, siempre que aquélla no tenga lugar por incumplimiento, quiebra o extinción de la personalidad jurídica, destrucción total de la autopista por dolo o culpa del concesionario, abandono o renuncia, y una vez solventadas todas las obligaciones frente a la Administración concedente y, en particular, las que se refieren al perfecto estado de la autopista en punto a su conservación.

La fianza se pondrá a disposición del concesionario en el plazo máximo de un año, contado desde la fecha de expiración de la concesión".

En cuanto a la fianza de construcción, la cláusula n.º 24 de las generales regula la disposición de la misma en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas para la fase de construcción. Y la n.º 25 prescribe su devolución, transcurrido el plazo de garantía, salvo que haya "motivo que determine su retención".

Por último, se debe dejar constancia de que el Real Decreto 11/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, establece en su artículo 59.1 que en las obras públicas que se construyan y exploten por particulares en virtud de concesión administrativa del Estado y sin su participación financiera, se destinará el 1% del presupuesto total a la financiación de los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno mencionados en el artículo 58.

Tal como se aprecia en este conjunto de preceptos, de la Ley 8/1972 y de cláusulas de los pliegos por los que se rige el contrato, coherentes con ella, resulta una regulación específica y suficientemente precisa de la suerte que han de correr las garantías en caso de quiebra del concesionario, hoy concurso de acreedores. No hace falta recordar, por otra parte, que, según jurisprudencia consolidada, los pliegos son la ley de concesión y vinculan a las partes: al concesionario y a la Administración.

Es importante recordarlo porque, cuando se adjudica la concesión en el año 2004, ya de tiempo atrás la legislación de contratos de las Administraciones Públicas distinguía el régimen de la quiebra o concurso culpable de la que no tiene este carácter y atribuía, en lo que ahora importa, las distintas consecuencias que destaca la demanda. En particular, limitaba y limita la incautación de las garantías al supuesto de quiebra, ahora concurso de acreedores, culpable. Sin embargo, la adjudicación se somete también al pliego de cláusulas generales.



Ciertamente, el concurso de la recurrente no es culpable y, por eso, trata de justificar la demanda –e insistirá en ello el escrito de conclusiones– la procedencia de aplicar en el punto concreto controvertido la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en lugar de seguir las previsiones del pliego de cláusulas generales. Y, por esa misma razón, critican una y otro el parecer expresado por el Consejo de Estado –y seguido por la Administración– sobre el que llama grupo normativo especial de autopistas, en el que gozan de preferencia las disposiciones del subgrupo formado por la Ley 8/1972 y los pliegos frente al subgrupo de legislación de contratos públicos. Esa construcción no es incoherente si se tiene en cuenta que simplemente significa dar preferencia a la regulación especial y completa en este punto en materia de autopistas por la que se rige la concesión sobre la general en materia de contratos de las Administraciones Públicas o del Sector Público. Supone, además, en la medida en que estamos ante una relación que posee dimensión contractual, estar a lo convenido y aceptado por las partes.

Desde estas premisas se entiende que no haya en las fuentes que destaca la demanda una prelación jerárquica, tal como explica de manera convincente el dictamen del Consejo de Estado, y es, desde luego, coherente con la lógica contractual que se esté a lo dispuesto por la Ley 8/1972 y por los pliegos de cláusulas administrativas particulares y generales. En otras palabras, a la Ley específica y a lo convenido por las partes. No se trata, pues, de una elaboración caprichosa, ni de una interpretación *in malam partem* o contraria a la equidad y a la buena fe sino, sencillamente, de someter la concesión a las prescripciones legales especiales con las que los pliegos, conformes a ellas y consentidos por la concesionaria, integran una regulación completa en el extremo controvertido.

Naturalmente, la sentencia n.º 1277/2019, de 30 de septiembre (casación n.º 3556/2017), aportada por la recurrente, no lleva a una conclusión distinta pues no se refiere a un contrato de concesión de autopistas sino de suministro de víveres necesarios para la elaboración de dietas de los centros vinculados a la Plataforma Provincial de Logística Integral de Granada y al Servicio de Transporte de las comidas elaboradas a dichos centros, así como los suplementos alimenticios (extras).

C) La aplicación al caso de la Ley 8/1972 y de los pliegos de cláusulas generales y particulares.

Aunque el Abogado del Estado sostiene que los pliegos no distinguen entre las fianzas de construcción y explotación, no es ese el parecer de la Sala. Al contrario, de las cláusulas de los pliegos no se obtiene esa conclusión y, lo que es más importante, tampoco resulta de la Ley 8/1972, pues distingue claramente una y otra: el artículo noveno habla de la fianza de construcción y el artículo catorce de la de explotación. Y, mientras las cláusulas n.º 24 y n.º 25 de las generales fijan el destino de la de construcción, la cláusula también general n.º 109 no lleva a una conclusión distinta pues habla de la fianza en singular y, antes, su cláusula igualmente general n.º 79, a propósito de la quiebra, trata exclusivamente de la fianza de explotación.

Establecidos estos presupuestos, su aplicación conduce, sin lugar a dudas, a considerar procedente la incautación de la fianza o garantía de explotación. La prescribe la cláusula n.º 109 en términos inequívocos y, ya previamente, la cláusula n.º 79 ha anticipado su suerte en casos como éste. En efecto, a la regla de la devolución de la fianza al extinguirse la concesión opone la excepción, entre otras, de la quiebra. Cuando la concesión se extinga por esa causa, dice, no procederá devolverla al concesionario. Esta es una razón bastante para desestimar el recurso en este extremo.

Respecto de la fianza de construcción, recordemos que la cláusula n.º 24 de las generales establece su destino de este modo:

"Cláusula 24. Disposición de la fianza.

El incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las obligaciones impuestas en el contrato para la fase de construcción determinará que se proceda de inmediato contra la fianza constituida. La aplicación de la fianza se hará siempre por el Ministerio de Obras Públicas. El concesionario viene obligado, en este caso, a completar la fianza en el plazo máximo de un mes".

Y que la cláusula n.º 25, también de las generales, ordena su devolución una vez terminadas las obras de construcción y transcurrido el plazo de garantía de cada tramo, siempre que no haya motivos que determinen su retención.

El Abogado del Estado defiende la legalidad del acuerdo del Consejo de Ministros también respecto de la incautación de la garantía de construcción que se mantuviera al tiempo de la resolución del contrato. Pues bien, interesa tener en cuenta sobre el particular que el Consejo de Estado, si bien descarta que justifique su incautación o retención el impago de los justiprecios porque no lo considera una obligación esencial en la construcción de la autopista, que es lo afianzado por esta garantía, sí entiende procedente su retención por la falta de ejecución de la inversión del 1% cultural, ya que se trata de una obligación que, si bien no nace del contrato sino del artículo 59 del Real Decreto 11/1986, está vinculada a él.



Comparte la Sala este razonamiento del Consejo de Estado y, en consecuencia, entiende que no procede la incautación de la fianza de construcción no devuelta.

No impide esta conclusión la sentencia de esta Sala n.º 120/2017, de 30 de enero (casación n.º 2035/2015) invocada por el acuerdo del Consejo de Ministros y por el Abogado del Estado. Ha de señalarse que se limita a decir que, en el concreto caso por ella enjuiciado, la argumentación de la Sala de instancia acerca de la improcedencia de la devolución de la fianza no suponía confiscación ni enriquecimiento injusto de la Administración. Es decir, juzga, no la actuación de la Administración, sino la sentencia que se pronunció sobre ella y lo hace después de precisar que es a la Sala de instancia a la que corresponde, en principio, la interpretación de los pliegos, la cual no cabe corregir en casación salvo que sea manifiestamente ilógica, arbitraria o ilegal, cosa que no apreció allí.

Ahora, en cambio, nos enfrentamos directamente a la cuestión y es esta Sala la que, en las circunstancias singulares de este pleito, se pronuncia sobre el sentido de los pliegos al respecto y, tal como se ha dicho, lo hace en coincidencia con el parecer mantenido en este caso y otros semejantes por el Consejo de Estado y por las razones que este expresa y conoce la Administración. En efecto, la fianza de construcción asegura la responsabilidad de la concesionaria frente a la Administración, no frente a terceros, y tiene por objeto la prestación principal consistente en la construcción de las obras objeto de la concesión (cláusulas n.º 24 y n.º 25 de las generales).

Hay que decir, no obstante, con el Consejo de Estado que sí cabe, conforme a la cláusula general n.º 25, la retención de la fianza de construcción a los efectos de ingresar en el Tesoro Público con cargo a ella la inversión correspondiente al 1% cultural que no ha sido ejecutada. El incumplimiento de la obligación impuesta por el citado artículo 59 del Real Decreto 11/1986 justifica retenerla. Ahora bien como la recurrente no impugna el apartado 5 del acuerdo del Consejo de Ministros, nada más hemos de decir a este respecto.

Así, pues, debemos estimar el recurso en lo relativo a la incautación de la fianza de construcción.

D) Sobre las medidas provisionales.

El apartado 4 del acuerdo del Consejo de Ministros, tal como hemos visto antes, autoriza al Ministerio de Fomento "para que adopte las medidas provisionales que procedan para garantizar la correcta prestación del servicio". Y dispone que se adopten "de forma coordinada con las que puedan derivarse del plan de liquidación que se apruebe en el proceso concursal".

Dado el carácter genérico y preventivo con que la demanda se refiere a este extremo, no se advierte qué infracción de la legalidad puede entrañar el apartado 4 del acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018 ni qué perjuicio puede reportarle a AUCOSTA. Por el contrario, el artículo 56 de la Ley 39/2015 faculta a la Administración para adoptar este tipo de cautelas para preservar la correcta prestación del servicio y la recurrente dice que ya se adoptaron en el momento de la reversión. Si en virtud de este apartado 4 se llegaron a tomar nuevas medidas contrarias a sus derechos, AUCOSTA podrá impugnarlas, pero en este momento no apreciamos ilegalidad en este aspecto del acuerdo del Consejo de Ministros.

Por tanto, el recurso debe ser desestimado en este extremo.

QUINTO.- Costas.

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, al estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, no hacemos imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.º Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 313/2018, interpuesto por Autopista de la Costa Cálida. Concesionaria Española de Autopistas, S.A. contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Cartagena-Vera y anular de su apartado 2 la incautación de la fianza de construcción.

2.º No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ